

第1章 根担保 —— 根保証を中心に

能見善久

1 はじめに

その被担保債権が「不特定の債権」である担保を、一般に、「根担保」という。このうち担保権が抵当権であるものについては、民法に根抵当権の規定があるが、他の根担保については法律の規定が十分でないので、その内容については、明確でないところが多い。その内容は、判例および学説に委ねられている。しかし、判例・学説でもその内容が固まっていないところもあり、根担保については不確定要素が多い。

以下では、根担保の中でも比較的議論の多い「根保証」についての現状と将来に向けての問題点を検討する。根保証（特に包括根保証）に関しては、保証人に重い負担を負わせることから、判例で保証人の責任を限定ないし軽減する法理が展開されてきたところであるが、平成16年の民法改正で一定種類の根保証（貸金債務を被担保債務とする包括根保証）について、立法的に規制を加重することになった。

民法の改正規定は、そこで定義されている「貸金等根保証契約」のみを対象とするものであるが、その他のタイプの根保証契約（売買代金債務を主債務とする継続的保証など）にも影響を与える可能性があり、平成16年の民法改正前と改正後とでは、根保証をめぐる状況は大きく変わったと言えよう。そこで、根保証の問題点を検討するにあたっては、平成16年改正の前後で分けて検討するのが適当である。

2 根保証

(1) 言葉の定義

前述のように、根保証は、「保証人によって担保される被担保債権（主債務）が不特定」な場合であるが、その中でも、幾つかの類型がある。最近では、それが営む経済的・社会的機能に着目して、個人保証（個人が保証人となる場合）と法人保証（法人が保証人となる場合、たとえば信用保証協会が保証する場合など）に区別して考察することが提唱されており⁽¹⁾、重要な

(1) その集大成として、椿寿夫＝伊藤進編著『法人保証の研究』（2006年）がある。保証の類型化の試みとしては、同書20頁を参照。また、長谷川貞之「法人根保証、経営者の個人根保証」NBL 826号85頁にも、根保証の類型化が提案されている。

指摘であると考え、以下では、伝統的な議論の中で主張されてきた保証の分類について簡単に触れるにとどめる。

- (a) 第1に、「保証の範囲が限定されない根保証」（これを一般に包括根保証と呼ぶ）と「保証の範囲が限定される根保証」との区分が重要である。保証の範囲に限定がない保証（包括根保証）は、保証人の負担が予想外に重くなることがあるために、判例は、保証人の責任に限定を加えようとする傾向がある（任意解約権、特別解約権）。これに対して、保証の範囲が限定されていれば、そのような必要はない。もっとも、包括根保証という概念は必ずしも明確ではない。一般には、保証の限度額も、保証の期間も限定されない根保証を包括根保証と呼んでいるが、保証の限度額は定められていないが、保証の期間には制限がある場合や、逆に保証の限度額が定められているが、保証期間の定めがない場合などもあり、これらをどう呼ぶかははっきりしていない。これは、判例が認める任意解約権（相当な期間経過による解約）や特別解約権（主債務者の業績悪化による解約権）がどのような保証について認められるのか、という理解に関わる問題である。
- (b) 根保証のその他の分類としては、通常の根保証である場合と、連帯根保証である場合がある。これについても、いろいろ問題があるが、本稿では触れない。保証のほとんどが実際には連帯保証であるのと同様に、根保証においても、連帯根保証契約が多い。
- (c) さらに、根抵当権と根保証とを併用するタイプと、根保証単独の場合がある。両者を併用する場合には、①両者が累積的に担保することになるのか、非累積的に担保することになるのか（根抵当権と一般の抵当権の併用の場合には、民法398条の16で、一般には累積的となる）、②非累積的であるとして、包括根保証の責任限度はどうか、という問題がある。

(2) 根保証契約

(i) 平成16年民法改正前：包括根保証に関する判例・学説

① 被保証債務の範囲

どのような債務が保証の対象となるかは、保証契約の解釈によって決まることである。一般には、包括根保証では、「特定の債権者と特定の主債務者の間の継続的な取引関係から生じる一切の（不特定の）債務」を保証するという場合が多い⁽²⁾。しかし、どのような債権が被担保債権となるか否かに関して、次の点が問題となる。

第1に、被担保債権となる時間的な範囲が問題となることがある。根保証が「不特定

(2) 奥田昌道『債権総論（増補版）』414頁以下（表現は、多少異なるが）。

多数の一切の債権」を担保するものである以上、根保証契約を締結した時点で存在する債権だけでなく、それ以後に発生する債権（将来債権）も担保するのはある意味で当然である。たとえば、銀行が主債務者との銀行取引の中で貸し付ける債権が根保証の被担保債権となる場合などには、弁済と追加融資などが繰り返されるのが通常であろう。根保証は当初の被担保債権額から弁済分を差し引き、追加融資分を加えた現在高を保証することになる。このことは根保証の目的を考えれば当然だが、極度額の定めのない包括根保証においては、根保証人が責任を負う限度の定めがないのであるから、根保証人としてはどのような責任を負っているかについて、正確な現状認識をしておく必要がある。そこで、追加融資をする債権者に、根保証人に対する「通知」をすべき義務があるか否かが問題となる。判例は、無条件には通知義務を認めないが（大阪地判平成6年12月26日金法1440号44頁）、一定の状況の下では通知義務を認める。すなわち、根保証人に一定の場合に根保証契約の解約権を認める判例法理を前提としたとき、債権者が根保証人の予想の範囲を超える追加融資をしたのに、そのことを根保証人に通知しないことは、根保証人の解約権の機会を奪うことになる。そこで、このような場合には、債権者が根保証人の責任を被担保債権全額について追及できるというのは適当でなく、信義則などによって根保証人の責任が限定されることに合理性がある（大阪地裁昭和59年12月24日判時1167号73頁）。

根保証契約を締結した時点での債権者と主債務者の間の債権を被担保債権とすることは、一般には問題がないが、金融機関が追加融資する際に、債権者が新たに根保証契約を保証人と締結する場合には、若干問題があることが指摘されている⁽³⁾。すなわち、根保証人としては、追加融資後の債務（それまでの既存債務を含まない）のみを担保する趣旨であることがありうるが、根保証契約が特定の債権者（この場合は当該金融機関）と主債務者の間の銀行取引から生じる一切の債権を担保するものであるとすると、根保証契約の文言上は既存債権も被担保債権に含まれることになる。しかし、これが当事者（特に根保証人）の意思に反している場合にどうするかという問題である。根保証契約の法的性格からすると、当事者間で既存債権を除外しない限りは被担保債権に含まれることになろう（関係者が全員、既存債権を除外する意図を有する場合には、實際上問題は生じない）。

第2に、被担保債権となるか否かの基準の決め方の問題がある。単に、「一切の債権」としか記載されていないと、債権者が他から主債務者に対する債権を譲り受けることで取得した債権も含まれることになるが、これは根保証人の予想を超えることが多い。従って、このような債権譲受けによって取得した債権は根保証の対象にならないように契約書の文

(3) 高橋恒夫「根保証制度の改正案に伴う根担保併用型根保証の問題点と実務的対応策」銀行法務640号54頁。

言を記載するのが適当である。この問題は、根抵当権に関する民法の規定を新設する際に議論されたことであるが、平成16年の「貸金等根保証契約」では、根抵当権の場合（398条の2）と同様に「一定の範囲」の債権を担保するものと定義されている（465条の2）。従って、「一定の範囲」の解釈については、根抵当権の場合と同様な扱いになると思われる。しかし、平成16年の改正前の根保証においては、「一定の範囲」による限定は要求されていなかった。その分、根保証人としては予想外に被担保債権の額がふくらむ危険があったわけであるが、それに対しては根保証人の解約権でバランスを取るというのが判例の考え方と言えよう。

② 極度額

包括根保証契約では、極度額（保証の限度額）がない。そこで、形式的には、被保証債権の額に連動して、どこまでも保証の責任を負わなければならないことになるが、保証契約締結時の事情や、貸付時の事情によっては、保証人に無限責任を負わせることが適当でないと考えられる場合がある。そこで、判例は、このような場合に、信義則などを用いて、根保証人の責任を限定することがある（保証契約は有効に成立したことを前提に、しかし、保証責任を否定ないし制限する）。保証人の責任を限定する場合としては、次のような場合がある。

第1に、主債務者に十分に資産があるときに根保証人になったところ、その後主債務者の経営状態が悪くなり、担保となるべき物件がなくなってから、それを知りつつ貸付額を増やし、保証人に保証の履行を求めることは、権利濫用になるとして許されないとするものがある（最判昭和48年3月1日金法679号35頁）。

第2に、やはり貸付にあたって債権者が債務者の信用状態を調査することなく漫然と貸し付けた場合に、保証人の責任を全面的に認めることは適当でないとして、その責任を信義則によって、残存債務額の一定割合（この事件では約40%）に限定するものがある（東京高判平成14年1月23日判時1788号43頁⁽⁴⁾。同じく信義則による限定をするものとして、札幌地判平成17年9月16日金商1226号26頁⁽⁵⁾）。

第3に、根抵当権と包括根保証が併用されている場合に、根抵当権の極度額が将来拡大するであろう取引の範囲に見合うように決定され、かつその限度で担保物件の担保価値

(4) 浅生重機「包括根保証人の責任の信義則による制限」（金融判例研究会報告）金法1667号68頁。

(5) 札幌地裁判決の事件は、銀行が主債務者に対する融資を行なうに際して、保証人と包括根保証契約を締結したものであるが（同日、限定根保証契約も締結しているという特殊事情もある）、根保証契約当時は300万円の融資であったが、その後、保証人に対する通知もなく、融資額が増加し、最終的に3025万円にふくらんでいたというものである。判旨は、300万円の限度でのみ保証人の履行義務を認めた。

を把握すれば足りるとして定められたものであると認められるときは、根保証契約の文言上保証限度額が明示されていなくても、客観的には、その限度額は根抵当権の極度額と同額と解するのが適当だとして、保証人の責任を限定する最高裁判例がある（最判平成6年12月6日判時1519号78頁、金法1414号28頁）。いわば保証契約の解釈によって限度を設ける手法と言えよう。

このように、信義則ないし権利濫用を用いて（主流は信義則を用いる）、債権者から保証人に対する履行請求を否定ないし制限する判例は、その数はまだ多くないが、ほぼ定着したと言える。包括根保証は、債権者の立場からすれば、この点で予測可能性が低下していると言える。実務的な対応としては、包括根保証を避けて、極度額を定めた根保証を用いる方が法的安定性が増すという点で望ましいということになる⁽⁶⁾（極度額を不相当に高く設定すると、形式的には限定根保証であっても、包括根保証と同じであると見なされることがある）。

なお、極度額を定めるとしたときに、極度額の意味については、①元本の極度額（元本極度額）である場合と、②利息・遅延損害金を含めた極度額（債権極度額）である場合がある。いずれも、保証契約で自由に決めることができると解されているが、特約で明確にされていない限り、債権極度額を定めたと解するのが合理的であろう（最判昭和62年7月9日金法1171号32頁）。平成16年の民法改正も、貸金等根保証契約では、債権極度額を定めることになったので、それ以外の根保証でも、債権極度額が合理的であるとする傾向が一層強くなるであろう。

③ 根抵当権との併用の場合の根保証の責任の範囲

保証人が同時に自己の不動産に根抵当権（たとえば極度額1000万円）を設定している場合に、根抵当権の極度額と根保証との関係をどのように捉えるかという点が問題となる。その際、第1に、根保証契約が根抵当権の極度額を超えたところも保証するのかどうか、すなわち、両者を累積的に捉えるのか、非累積的に捉えるのか、第2に、契約で明確に合意すれば、累積的な扱いも可能かどうか、などが問題となる。

第1の問題に関しては、大阪高判昭和38年11月18日金法361号3頁は、極度額700万円の根抵当権を設定した者が同時に包括根保証契約（極度額および期限の限定なき根保証）を締結した場合について、抵当不動産の任意売却の代金を弁済に充当した後、極

(6) 道垣内弘人・金法1581号134頁以下。

度額 700 万円と弁済額との差額についてのみ、根保証人の保証責任を認めた。根抵当権と根保証が非累積であることを前提とする解決をした。その後、前記最判平成 6 年 12 月 6 日判時 1519 号 78 頁、金法 1414 号 28 頁は、根抵当権と併用された包括根保証にも、根抵当権の極度額と同額の保証限度が設定されたものと解した上で、根抵当権と根保証とが非累積であることを明らかにした（「物的担保及び人的保証の両者又はそのいずれかから 1200 万円の範囲内で債権回収を確保する趣旨で締結された」と解した）。これは、包括根保証については、民法 398 条の 16 が定める根抵当権の場合の累積の原則とは異なる扱いをすることを意味する。但し、最高裁判決は、根保証契約の解釈の問題として解決しているので、明示的に累積的な保証であることを明らかにした場合には、その約旨に従うことになろう。

第 2 の問題は、非累積が原則であるとして、契約によって明確にすれば累積型を合意することもできるのか、ということである。これに否定的な見解もある。契約の解釈に帰着する問題であるが、どのような場合に、累積型が認められるのか、その条件を検討する必要があるであろう。

④ 解約権

包括根保証人に、いわゆる任意解約権と特別解約権が認められることは、判例・通説となっているので、改めて詳細な説明は不要であろう⁽⁷⁾。任意解約権とは、期間の定めのない包括的根保証契約において、契約締結から相当な期間経過後に保証人が保証契約を解約することを認めるものである（何年くらいの経過で任意解約権が認められるかは、1 つの問題である）。また、特別解約権は、主債務者の資力の低下など、当初予定しなかった事態の発生した場合に、保証人に保証契約の解約を認めるものである。会社の債務を保証するために、会社の社長・従業員などが個人保証をした場合に、これらの者がその職を退いて会社と無関係になった場合にも、特別解約権が認められると解されている（大判昭和 16 年 5 月 23 日民集 20 卷 11 号 637 頁は、産業組合の理事が組合の取引上の債務について根保証をした事案で、理事退任後は保証契約を解約できるとした。）。もっとも、これらの解約権を行使するためには、解約の意思表示が必要である。そのために、職務を退任した後も、解約の意思表示をしないでいた場合には、根保証契約が継続することになる（東

(7) 奥田・前掲書 416 頁。特別解約権および任意解約権の一般論を認めた判例としては、大判大正 14 年 10 月 28 日民集 4 卷 656 頁があるが、この事件は、包括根保証の有効性が直接の争点であり、大審院は、包括根保証の場合にはこれら解約権があるから、根保証人の利益も考慮されており、包括根保証を無効とする必要はない、と判示したものである。特別解約権を認めた判例としては大判昭和 9 年 2 月 27 日民集 13 卷 215 頁。

京地判平成8年3月19日金法1471号92頁)。

しかし、このような場合であっても、元取締役や元従業員らの根保証責任を認めるのが適当でないと考えられる場合には、最近の判例は、信義則で責任を限定する(京都地判平成5年10月25日判時1491号127頁)。

⑤ 相続性

根保証契約上の保証人の地位が相続されるかについては、判例は、期間の定めおよび極度額の定めのない包括根保証については、原則として否定する(最判昭和37年11月19日民集16巻11号2270頁)。しかし、期間を定めなくても、極度額の定めがあるものについては、相続を肯定する判例もある(大判昭和10年3月22日法学4巻1441頁は、相続開始後に発生した債務についても根保証の対象とする)。なお、以上は、「根保証契約上の地位」の相続性の問題であり、相続開始時に具体的に発生していた被担保債務については、保証人の責任が相続されると解されている。

⑥ 随伴性

根保証の対象となっていた債務(債権)が債権譲渡された場合に、保証が付いていくのか、という問題(随伴性)については、いろいろな考え方があり、対立している⁽⁸⁾。1つの代表的な考え方は、根保証は保証期間中発生する個々の主債務を保証するという考え方(個別保証の集積と考える)を前提に、主債務の1つである被担保債権が譲渡されれば、当然その担保(保証)も随伴するとする。もう1つの考え方は、根抵当権に近づけた考え方で、根保証期間が終了して、その時点で存在する債務を一切担保するのが根保証であるという考え方を前提とする。これによれば、根保証期間継続中の個々の被担保債権を譲渡しても、根保証は随伴しないということになる。この2つの対立は、根保証についての基本的な理解の仕方に由来しており、保証期間中の保証人に対する履行請求の可否の問題とも関連して議論されている。履行請求の問題については、⑦元本確定のところでも触れることにする。

随伴性についてはまだ議論が収斂しておらず、また、判例もないと思われるが、私見を述べるならば、次の通りである。根保証は、特定の債権者と特定の主債務者との間の継続的な取引関係から生じる一切の(不特定の)債務を担保するものであるから、被担保債権を

(8) 野村=多比羅=堂園=平野=六信(座談会)「保証制度の改正」ジュリスト1283号52頁以下。その他、渡辺隆生「極度額保証取引と被担保債権の譲渡」金法1777号20頁を参照。後者によれば、随伴性否定説が優勢だという。

発生させる当該債権者と主債務者の間の継続的な取引関係から生じる債務が残っている以上、根保証はこれらの債権を担保するために優先的に（独占的という方が適当かもしれない）使われるべきものである。従って、それまで被担保債権になっていた債権が第三者に譲渡されても、根保証が付いていくことはないと考えべきであろう（随伴性がない）。その意味で根抵当権の場合と同様に考えるのが適当である（398条の7第1項）。もっとも、随伴性が否定されることについては、根抵当権の場合と異なって根保証に関しては民法上の規定がないために、このような解釈が可能であるか問題がないではない。しかし、一般の担保についても、「随伴性」が明文で認められているわけではなく、担保権の性質から議論しているにすぎない⁽⁹⁾。そうであるとすれば、根保証については、その性質から随伴性を否定する結論を導くこともおかしな議論ではない。かくして、根保証とはどのような保証なのかという理解が決め手になる。そして、この点に関しては、上述のように、根保証契約を締結した者が優先的ないし独占的に保証の利益を受けるものとして設定される保証であるとするならば、債権譲渡によって債権譲受人が保証の利益を受けるとするのは適当でないということになろう。そこで、根保証の性質から、この問題に関しては根抵当権の規定を類推適用して解決するのが適当である。根保証の対象となっている被担保債権を第三者が弁済した場合に、弁済した第三者による代位（根保証契約上の地位を取得）もできないと解すべきであろう⁽¹⁰⁾。

⑦ 元本確定

根抵当権の場合には、根抵当権を実行してそこから債権者が弁済を受けようとする場合には、元本を確定させなければならない。そして、根抵当権は、元本確定後は、その時の被担保債権のみを担保する通常の抵当権と同様な扱いを受ける。根保証については、民法上規定もなく、それほど議論が尽くされているわけではないが、極度額の定めがない包括根保証の場合には、抵当権の場合と同様に、保証人に対して履行を請求するためには、元本を確定させなければならないと考えるべきではないだろうか⁽¹¹⁾。

(9) 「随伴性」が担保の性質とされるのは、一般の抵当権などでは、被担保債権が譲渡されたのに、元の債権者のために抵当権が残るということは意味がないからである。しかし、根保証では、個別の債権が譲渡されても、債権者と主債務者の間の継続的取引から発生した別の被担保債権の存在が予定されているのであり、それらの債権を担保するためにこそ根保証がある。また、仮に、随伴性を認めると、極度額がない包括根保証では、保証人の負担が重くなりすぎて適当でないという問題もある。

(10) 野村ほか・前掲座談会では、包括根保証では随伴性があり、第三者による代位弁済の場合にも、その求償権について保証人に請求できるというのが銀行実務では一般的な理解であったと指摘されている。

(11) いろいろな議論につき、山野目章夫「根保証の元本確定前における保証人に対する履行請求の可否」金法1745号9頁。

⑧ まとめ

根保証については、民法が十分に規定していないために、根抵当権と異なり、不明確な部分が多い。そこで、根保証に関する基本的な理解をはっきりさせておくことが必要となる。すなわち、根保証を(α)「根抵当」的に捉えるか(できるだけ根抵当権の規定を類推適用する方向で考えることになる)、(β)それとも根抵当権と異なるタイプの根担保であるとして根抵当権の場合とは異なる解決を図るか、という点が重要である。とりわけ、この問題は、根保証人に対する履行請求の仕方と元本確定の要否の問題と関連する(上記⑥参照)。

では、どのように考えるべきか。根保証では、根抵当権と異なり保証人には債権者から請求されれば債務を支払う義務(保証履行義務)があるので、この点を強調するならば、根抵当権とは異なり、根保証人に対しては、元本確定ということをしなくても(ここでいう元本確定とは、根抵当権の場合のように、これによって被担保債権が確定するという意味である)、履行請求できるという考え方も十分成り立つ。しかし、他方で、根保証人が何度も履行しなければならぬとすると、極めて重い責任を負うことになる。そこで根保証人としては、責任を確認できるようにする必要がある。両者の利害の調整はなかなか難しいが、次のように解することはできないか。

極度額の定めのある根保証の場合には、根保証人は極度額までは負担することを覚悟しているのだから、債権者から履行請求されたというだけでは、根保証契約が終了することではなく、その後に発生する債権をも担保するというべきであろう。しかし、債権者に対する弁済が何度も重なって、その合計が極度額を超えるのは適当ではないから、弁済毎に極度額はその分減少すると考えるべきであろう。

包括根保証においては、債権者からの履行請求を受けた場合には、それが主債務者の経済状況(債務者自身が債務を履行する能力を失った)の変化と評価できるときは、特別解約権を認めるのが適当であろう。

(ii) 貸金等根保証契約(平成16年民法改正)

平成16年民法改正以後は、民法465条の2以下の規定の適用を受ける「貸金等根保証契約」と、その適用を受けない根保証契約では、いろいろな点で異なる扱いとなる。改正法についての詳細な検討は、すでにいろいろな論稿においてなされているので、以下で要点についてだけ触れるにとどめる。

① 適用範囲

「貸金等根保証契約」に関する規定が適用されるのは、「貸金等債務」が被担保債権として含まれる場合である。金融機関が債権者となって根保証契約を締結する場合には、多くはこれに該当するので、適用範囲についての詳しい検討は省略する。ただし、465条の2以下の規定が適用されるのは、個人が根保証をした場合であるから、法人が保証人になる場合は除外される。数人と根保証契約を締結する場合に、保証人の中に個人と法人が含まれている場合には、個人保証についてだけ465条の2以下が適用される。同一の目的のために締結する複数の根保証契約であっても、根保証人が個人の場合と法人の場合で異なる扱いを受けることから、複雑な問題が生じかねない。

② 従来の根保証理論が受ける影響

改正法が適用される根保証契約（貸金等根保証契約）については、465条の2以下が適用されるとしても、改正法は従来の根保証に関する全ての問題について規定しているわけではない。改正法によって明確に変更された問題と影響を受けない問題がある。

新しい規律が適用される問題としては、(i) 極度額の定めがない根保証は無効であること、(ii) 極度額の意味は、その中に元本が入ればよいという意味ではなく、利息、違約金、損害賠償などすべてを含めた債権額が極度額の範囲で保証されるという意味であること、(iii) 5年を超える保証期間を定めることができないこと（保証期間の定めがない根保証については3年の期間しか認められないこと）、などについては規律の内容は明確であり問題がない。これに対して、元本確定事由については（465条の4）、従来の根保証法理との関係が必ずしも明確でない⁽¹²⁾。465条の2が規定する元本確定事由とは、ここで規定されている事由が発生すると、それによって元本が確定し、その時点以降に発生する債権は保証の被担保債権とならないことを意味する。ここで規定されている事由（特に、1号および2号の事由）は、従来はいわゆる特別解約権の発生原因となるものとして議論されてきたことと重なる部分がある。主債務者の資力の悪化を示す事実が発生した場合には、保証人から根保証契約を解約できると考えられていたからである。また、保証人の死亡（3号の事由）は、根保証契約の相続性の問題として議論されており、上述したように、包括根保証では相続性が否定されるという理解が判例・通説であったのであるから、465条の4が「保証人の死亡」を元本確定事由としてあげるのは、実質的にこれまでの考え方を引きついでいると言える。しかし、従来の特別解約権は、いわば一般的な解約権の法理であり、解約権発生の原因は限定列挙されていたわけではないので、465条の4があ

(12) 野村ほか・前掲座談会でこの点について議論になっている。

げる元本確定事由以外にも、従来の特別解約権に関する判例理論によって、根保証契約を解約（終了）することが認められるのかが問題となる。法制審議会ではあまりはっきりと方向性を示す議論はされなかったようであるが、保証人を保護しようというのが平成16年の改正の目的であるとする、従来の特別解約権による保護を奪うことになるのは適当ではないであろう⁽¹³⁾。会社の取締役が会社の債務について根保証をしていた場合に、会社を退任して会社と無関係になった場合には、特別解約権によって根保証契約を解約できると考えるべきであろう（これらの取締役が退任するまでに生じた会社の債務を保証するのは当然だが、退任後に会社が新たに負った債務についてまで保証しなければならないという合理的な根拠は乏しいからである。ただし、オーナー社長などが社長を退任しても、当然には会社と無関係になったとはいえないであろう）。

任意解約権と3年の元本確定期間（保証期間を定めなかったために、465条の3によって、3年で元本確定するものとされる場合）との関係は、もう少し微妙である。なぜなら、民法が規定した3年間の経過による元本確定は、まさに従来の一般解約権を明文化したものとみることができるからである。そして、このような理解が可能であるとする、3年よりも短い期間の経過による一般解約権を認めることは難しい。このような考え方に対して従来の一般解約権は3年よりも短い期間で認めてきたという理解もありうるが、従来の任意解約権は、保証期間を定めない包括根保証において、契約締結から「相当な期間」経過後に保証人からの一方的解約を認めるものであるが、どのくらいの期間の経過があれば解約が認められるかの基準は必ずしも明らかでなかった（いろいろな事情が総合的に評価されることが多い）⁽¹⁴⁾。従来の判例では不明確であった「相当な期間」を立法で3年にしたという見方が素直であろう。このように考えると、465条の2以下が適用されない根保証についても、これらには一般解約権による解除は認められるが、その期間は3年を目安とすることになるのではないか。

3 その他の根担保

根抵当と根保証の他にも、いわゆる根担保としては、根質や根譲渡担保がある⁽¹⁵⁾。しかし、根質や根譲渡担保などについては、根保証以上にその内容が不明確である。今後は、根抵当権

(13) 野村ほか・前掲座談会では、平野教授がこの点を強調する。

(14) 金沢地裁小松支部判昭和60年6月28日判タ566号186頁では、2年の経過と取締役の退任の両方の事情が考慮されている。

(15) 問題点の指摘は、以前からある。たとえば、石井眞司「根抵当・根保証法から根担保法へ」金法1088号4頁は、バラバラな法理の問題点と共通法理の追求が重要であることを指摘する。

をモデルとして、これとの異同を明らかにしていく作業が必要であろう。

その際、できるだけ根抵当権の規律に近づけていくのか、それともそれぞれの種類の根担保の特質に応じて独自性を認めていくのか、という基本的問題が重要であるが全てはこれからの議論である。私見としては、それぞれの特徴を活かした発展が望ましいと思う。おそらく、人的担保と物的担保（根抵当、根質、根譲渡担保）とで区別して議論していくのがよいのではないかと思う。抽象的な言い方であるが、根保証は、根抵当とのバランスも考慮しつつ、保証契約であることを踏まえた内容を考えていくことになるのに対して、物的担保は根抵当に近づけて考えていくことになるだろう。